

Др Ђорђе Л. Николић*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу
Др Михајло Цветковић*
Асистент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.44(497.11)

Рад примљен: 30.06.2015.
Рад прихваћен: 03.12.2015.

ПОЈАМ ПРЕДУГОВОРА У ПРЕДНАЦРТУ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ**

Апстракт: У раду се разматра појам предуговора који се обично дефинише као уговор који обавезује на закључење неког другог – главног уговора. Овако одређен појам предуговора је веома широк, јер у свом минималном значењу обухвата именоване уговорника и упућивање на врсту будућег главног уговора. Насупрот томе, већи број грађанских законика, али и претежнији део правне теорије, појам предуговора дефинише уже, јер инсистира на захтеву да предуговор мора да садржи како битне састојке главног уговора (*essentialia negotii*), тако и рок за његово закључење.

После свеобухватне анализе ширег и ужег појма предуговора, у раду се предлаже једно средње решење. Наиме, с обзиром да главни уговор, као предмет предуговора, треба да је одређен или бар одредив, аутор сматра да је главни уговор одредив и одређивањем врсте (типа) главног уговора, као и појединих (не свих) његових битних елемената који су особени за тај уговор. Такав предуговор обавезује, а страна која одбија да закључи главни уговор излаже се уговорној одговорности. Њиме се не угрожавају интереси уговорника и правна сигурност, јер је главни уговор индивидуализован његовом одредивошћу.

Кључне речи: Предуговор (*pacta praeparatoria*), главни (коначни) уговор, преговори, реални уговори, делимични споразуми, предмет уговора, битни елементи уговора.

* djonik@prafak.ni.ac.rs

* mihajloc@prafak.ni.ac.rs

** Овај рад је резултат истраживања на пројекту: „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који подржава Министарство просвете и науке.

1. Уводне напомене

Поједине велике кодификације грађанског права, као што је то случај са француском и немачком кодификацијом, уопште не регулишу предуговор. Насупрот њима, аустријски Општи грађански законик (у даљем тексту: аустријски ОГЗ) је један од првих грађанских законика који садржи правила о предуговору.¹ Предуговор је посебно уређен и у швајцарском и пољском праву.² Раније руске грађанске кодификације, вероватно због тога што су биле под утицајем немачке грађанске кодификације, нису познавале предуговор, али је он доста детаљно уређен у актуелном Грађанском законнику Руске Федерације (у даљем тексту: ГЗ Руске Федерације).³

Интересантно је да српски Грађански законик (у даљем тексту: српски ГЗ) није следио свој изворник, тако да не садржи правила о предуговору. Али, предуговор је био предвиђен у Предоснови Грађанског законика за Краљевину Југославију (у даљем тексту: Предоснова ГЗКЈ).⁴ Правила о предуговору садржи и Скица за законик о облигацијама и уговорима професора Константиновића (у даљем тексту: Скица проф. Константиновића).⁵ Из Скице проф. Константиновића су, уз значајнију измену, правила о предуговору преузета и у југословенски Закон о облигационим односима (у даљем тексту 300).⁶

У области предуговора одувек се водила дискусија у којој је било, а има још и данас, много нејасноћа, колебања и неслагања. Раније се постављало чак и питање да ли је појам предуговора уопште могућ, јер је, по наводу проф. Орлића, постојало мишљење да је тај појам излишан и да смета логици и чистоти правничког размишљања (Орлић, 1986: 144). Негативан став о предуговору имали су и поједини наши и швајцарски истакнути цивили-

1 § 936. аустријског ОГЗ, превод: Драгољуб Аранђеловић, Аустријски грађански законик, друго издање, ИКП Геца Кон А.Д., Београд, 1921.

2 Чл. 22 швајцарског Законика о облигацијама (у даљем тексту: швајцарски 30), превод: Марија Тороман и Светислав Аранђеловић, Савремена администрација, Београд, 1976; Чл. 389-390 Грађанског законика НР Пољске од 1964. године (у даљем тексту: пољски ГЗ), превод: Фрањо Кних, Институт за упоредно право, Београд, 1966.

3 Чл. 429 Грађанског законика РФ, Гражданский кодекс Российской Федерации, Части I, II и III, „ТД Елит-2000“, Москва, 2002.

4 § 923. Предоснове ГЗКЈ, Предоснова Грађанског законика за Краљевину Југославију, Државна штампарија Краљевине Југославије, Београд, 1934.

5 Чл. 29. Скице проф. Константиновића, Михаило Константиновић, Облигације и уговори, Скица за законик о облигацијама и уговорима, (НИУ „Службени лист СРЈ“, Београд, 1996).

6 Чл. 45 300 („Службени лист СФРЈ“, бр. 29, 39/85, 45/89, 59/89; „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93).

сти (Гамс, 1972: 244); (v.Thur, 1924: 235–236).⁷ Ипак, полазећи од принципа аутономије воље, старији српски правници нису искључивали могућност постојања предуговора, иако овај институт није био предвиђен у СГЗ (Благојевић, 1939: 106, 120, 202); (Аранђеловић, 1936: 66).⁸ Исти је случај и са појединим истакнутим немачким правницима (Larenc, 1976: 77).⁹

У савременом праву појам предуговора је опште прихваћен. Чак се и у правној теорији земаља чије га раније грађанске кодификације нису познавале, сматра да у тржишним условима предуговор има веома широку примену (Садиков, 2001: 331). Али, многа питања остала су, ипак, још увек отворена. Сва та питања су и у бившем југословенском праву дошла до изражаја нарочито приликом доношења ЗОО, али је, по свему судећи, југословенски законодавац пропустио прилику да у тај закон унесе решења која су могла представљати модел и за упоредно право (Орлић, 1968: 146). Одступајући од решења из Скице проф. Константиновића, југословенски законодавац је показао да није имао потпуно јасан став о неким значајним питањима поводом предуговора. Због тога и данас, више од тридесет седам година од доношења ЗОО, многе дилеме нису ишчезле. Напротив, остала су спорна питања поводом појма предуговора, а нарочито питање његовог дејства. Ову констатацију потврђује и публиковани Преднацрт Грађанског законика Републике Србије (у даљем тексту: Преднацрт), у којем се одсуство јасног и чврстог става исказује алтернативним решењима, при чему су, по свему судећи, традиционална решења из аустријског ОГЗ опет добила превагу.

Све то упућује на закључак да заиста постоји потреба да се, у току припрема за израду Преднацрта, још једном преиспита појам предуговора.

2. О појму предуговора уопште

Закључењу уговора, које претпоставља понуду и њен прихват, може претходити и тзв. предуговорни стадијум (Радишић, 2008: 129). У њему лица заинтересована за закључење уговора предузимају различите активности.

7 Проф. Гамс у прилог таквом ставу наводи поједине правне системе (српско, француско и немачко право) који предуговор уопште и не предвиђају, као и немогућност да се стране натерају да изјаве вољу која је неопходна за коначно закључење уговора. И у каснијем издању његовог уџбеника (Гамс, Ђуровић, 1981: 225), које је уследило после доношења ЗОО, стоји његова опаска да се предуговором, онако како је уређен ЗОО, удвостручује закључење уговора.

8 Аранђеловић истиче: „У нашем грађ. законнику не говори се изречно о овим предуговорима, али су они и по нашем грађ. зак. (§ 531) могућни“.

9 Larenc наводи да закон не садржи одредбе о предуговорима, али да је на основу слободе уговарања несумњиво да су такви уговори пуноважни и да производе правно дејство.

Неке од њих не рађају конкретније обавезе и називају се „трактатима“ или „преговорима“, док друге попримају облик сагласности воља која твори одређена права и обавезе. У те посебне и неопозиве споразуме из предуговорног стадијума, који су у општем пандектном праву названи *pacta praeparatoria*, убраја се и *pactum de contrahendo*, односно предуговор (Радишић, 2008: 129). Такве сагласности једни аутори подводе под појам уговора, иако нису крајњи циљ уговорника (Радишић, 2008: 129). Други аутори такве сагласности схватају као споразуме, јер стварају права и обавезе опште природе, док као уговоре квалификују само оне које стварају конкретна права и обавезе и код којих се степен вероватноће да ће доћи до закључења уговора ближи извесности (Георгијевић, 2004: 586); (Орлић, 1993: 398).¹⁰ Предуговор се, према овим другим ауторима, квалификује као уговор из предуговорног стадијума (Георгијевић, 2004: 586). У ствари, ако се процес закључења уговора посматра у целини, почев од првих преговора па до коначног закључења уговора, онда је предуговор негде на средини (Перовић, 1980: 235); (Убавић, 2000: 14); (Косовац, 2000: 63). Он је у сваком случају корак више од преговора (Перовић, 1980: 235); (Лоза, 2000: 117); (Косовац, 2000: 63), једна етапа у процесу закључења (Јелчић, 1988: 157), а веома често и онај последњи корак (Тамаш, 2004: 226) до закључења главног уговора. При томе, за разлику од преговора и осталих припремних споразума који не обавезују,¹¹ бар не у смислу уговора (Перовић, 1980: 235); (Лоза, 2000: 117); (Косовац, 2000: 63), дотле предуговор управо ствара обавезу за једну или обе стране уговорнице да закључе одређени уговор.

Појам предуговора је, у једном општијем смислу неспоран, јер се дефинише као уговор или споразум који обавезује на закључење неког другог уговора (Вуковић, 1964: 318); (Larenc, 1976: 77); (Радишић, 2008: 129); (Лоза, 2000: 117); (Салма, 2001: 308); (Садиков, 2001: 331); (Орлић, 1986: 148); (Салма 1986: 25); (Субић, 1993: 14); (Plavšak, Juhart, Vrenčur, 2009: 293). Тај други уговор назива се главним (коначним) уговором.¹² Предуговор обавезује

10 Проф. Орлић, указујући на знатну разлику између споразума и уговора, наводи: „Уговор означава сагласност воља двеју (или више) страна у циљу постизања одређених правних дејстава међу којима се најважније правно дејство огледа у настанку облигационог односа. Насупрот томе, споразум означава сваку сагласност воља из које не морају настати прецизно дефинисана облигационоправна дејства као што је то случај код уговора“.

11 Проф. Орлић не доводи у питање правна дејства осталих припремних споразума (споразуми о преговарању и делимични споразуми), с тим што прецизира да они могу производити правна дејства „у оном обиму и са оним домаћајем који им даје сагласност изјављених воља (Орлић, 1993: 415).

12 Терминологија је веома неуједначена. Најчешће се употребљава израз предуговор (*avantcontrat*, *Vorvertrag*), али се каже и претходни уговор (предварительный договор,

обе стране уговорнице или само једну од њих на закључење главног уговора (Lagenc, 1976: 77); (Перовић, 1980: 235); (Радишић, 2008: 129); (Орлић, 1986: 148); (Визнер, 1978: 209); (Драшкић, 1995: 107); (Садиков, 2001: 331); (Георгијевић, 2004: 590),¹³ а главни уговор се закључује између самих уговорника, с тим што је могуће и да се једна страна уговорница предуговором обавезе да, уместо са другом страном, главни уговор закључи са трећим лицем (Радишић, 2008: 129); (Орлић, 1986: 148); (Георгијевић, 2004: 590). У сваком случају, предуговор увек претпоставља постојање два уговора. Они се закључују један за другим, при чему предуговор представља само први корак, припрему за закључење главног уговора којим се, иначе, остварују крајњи циљеви уговорника. С обзиром на то да је његов непосредни циљ закључење главног уговора, предуговором се заснива само привремени правни однос (Вуковић, 1964: 319); (Перовић, 1980: 235); (Радишић, 2008: 129); (Орлић, 1986: 148); (Јелчић, 1988: 158); (Убавић, 2000: 14). Тај однос престаје закључењем главног уговора, што је, иначе, испуњење предуговора. Због тога ова два уговора уопште не могу да постоје и производе правна дејства у исто време (Перовић, 1980: 235); (Радишић, 2008: 129); (Визнер, 1978: 209); (Орлић, 1986: 148); (Јелчић, 1988: 158); (Георгијевић, 2004: 588).

Овако одређен појам предуговора је веома широк, јер обухвата један минимум елемената, који у свом минималном значењу именује будуће уговорне стране и упућује на врсту будућег главног, односно коначног уговора између њих (Салма, 1986: 22). Они би се могли означити као „заједнички елементи предуговора уопште“ (Салма, 1986: 23). Сматра се да је ова шира концепција предуговора усвојена у швајцарском ЗО, који прописује: „Уговором се може преузети обавеза за закључење будућег уговора.“¹⁴

Насупрот изложеном, већи број грађанских законика, али и претежнији део правне теорије (Аранђеловић, 1936: 66, 67); (Перовић, 1980: 234); (Ђорђевић, Станковић, 1980: 153); (Визнер, 1978: 207) појам предуговора дефинише знатно уже, јер инсистира на захтеву да предуговор мора да са-

contratpreliminaire) или управо прелиминарни уговор и прелиминар, затим припремни уговор, препараторни уговор, а врло ретко обећање продаје (promesse de ventre). Други уговор, чије закључење представља испуњење предуговора назива се или главни уговор (contratprincipal), или основни уговор (основной договор) или коначни уговор (contratdefinitif).

13 Предуговор којим се обавезује само једна страна уговорница назива се једнострано обавезним, а онај којим се обавезују обе стране уговорнице назива се двострано обавезним предуговором. Код првог се само један уговорник обавезује да закључи коначан уговор, док други такву обавезу нема, већ има само право да захтева од сауговорника да приступи закључењу главног уговора. Код другог се обе стране узајамно обавезују.

14 Чл. 22, ст. 1 швајцарског ЗО.

држи како битне састојке главног уговора, тако и рок за његово закључење. Тако конципиран предуговор први пут је био „озакоњен“ у аустријском ОГЗ. У њему се, између осталог, прописује да предуговор обавезује само ако су одређени „како време закључења, тако и битни делови уговора“.¹⁵ И пољски ГЗ следио је решење из аустријског ОГЗ.¹⁶ Исту концепцију усваја и актуелни ГЗ Руске Федерације прописујући да се претходним уговором „стране обавезују да у будућности закључе уговор о преносу имовине, испуњењу посла или пружању услуга (главни уговор) под условима предвиђеним претходним уговором“, с тим што „претходни уговор мора да садржи одредбе које омогућују да се одреди предмет, а такође и други битни услови уговора“.¹⁷

При одређивању појма предуговора југословенска правна теорија је, најпре, следила решења из аустријског ОГЗ. Она су била усвојена и у Предоснови ГЗКЈ,¹⁸ да би, потом, у Скици проф. Константиновића било предложено једно компромисно решење. Међутим, југословенски законодавац није у 300 унео целовито решење из Скице проф. Константиновића, већ се определио за његову измену, што је довело у питање не само прецизан појам предуговора, већ и његово дејство. И алтернативан предлог у Преднацрту не дотиче се појма предуговора, већ само отвара нове дилеме.

Извесне недоумице изазива и карактер рока за закључење главног уговора. Једни аутори сматрају да је тај рок битан елемент предуговора, тако да предуговор пуноважно настаје само ако су стране одредиле и рок за његово закључење (Марковић, 1997: 195); (Јакшић, 1962: 121); (Ђорђевић, Станковић, 1980: 153); (Визнер, 1978: 207); (Косовац, 2000: 61), што поједини законици и изричито прописују.¹⁹ Други аутори, ослањајући се на одредбе 300, закључују да рок за закључење главног уговора није битан елемент предуговора (Перовић, 1980: 236); (Радишић, 2008: 130); (Драшкић, 1995: 108); (Јелчић, 1988: 160); (Субић, 1993: 912); (Убавић, 2000: 15), тако да предуговор пуноважно настаје и без сагласности уговорника о року за закључење главног уговора. У прилог таквом ставу иде, пре свега, околност да се дејство предуговора законским прописима редовно временски ограничава,²⁰ што је сасвим логично, пошто се закључење главног уго-

15 § 936 аустријског ОГЗ.

16 Чл. 389 пољског ГЗ.

17 Чл. 429, ст. 1 и 3 ГЗ Руске Федерације.

18 В. § 923 Предоснове ГЗКЈ.

19 В. § 936. аустријског ОГЗ, као и чл. 389 пољског ГЗ.

20 Извршење предуговора може се тражити најдаље за годину од дана када је главни уговор требало да се закључи (§ 936 аустријског ОГЗ, као и чл. 390, § 3 пољског ГЗ),

вора не може неограничено одлагати (Перовић, 1980: 237) (Јакшић, 1962: 121).²¹ Тај законом одређени рок, било да се квалификује као рок трајања предуговора,²² или као преклузивни рок (Јакшић, 1962: 121); (Лоза, 2000: 118); (Драшкић, 1995: 109); (Субић, 1993: 912); (Убавић, 2000: 16), или као рок застарелости (Визнер, Капор, Царић, 1971: 51),²³ тече од истека рока предвиђеног за закључење главног уговора, а ако тај рок није предвиђен, предуговор опет пуноважно настаје, јер се прописује да рок за закључење главног уговора почиње да тече „од дана кад је према природи посла и околностима уговор требало да буде закључен“.²⁴²⁵

3. Појам предуговора у Скици проф. Константиновића

По угледу на појам предуговора из швајцарског ЗО, предуговор се у Скици проф. Константиновића дефинише као уговор којим се стране уговорнице, или једна од њих, обавезују да доцније закључе други, главни уговор,²⁶ што је шири појам предуговора. Поред тога, чини се да је то и основни облик

до истека рока који је предвиђен за закључење претходног уговора, а ако такав рок у претходном уговору није одређен, у року од једне године од тренутка закључења претходног уговора (чл. 429, ст. 4 ГЗ Руске Федерације), односно у року од шест месеци од истека рока предвиђеног за закључење главног уговора, а ако тај рок није предвиђен, онда од дана када је према природи посла и околностима уговор требало да буде закључен (чл. 45, ст. 5 ЗОО).

21 Јакшић, у том смислу, сматра да ограничење дејства предуговора на кратак рок „има циљ да привремени однос створен предуговором не би предуго трајао, а тиме и неизвесност контрахената предуговора.“

22 Лазар Марковић сматра да се предуговор „гаси, тј. губи правну вредност и обе странке су слободне“, ако се у одређеном року не захтева ни закључење главног уговора ни накнада штете (Марковић, 1997: 196).

23 Чл. 390, § 3. пољског ГЗ.

24 Чл. 45, ст. 5. ЗОО.

25 То одређивање рока за закључење главног уговора према природи посла и осталим околностима је не само сложено (Тамаш, 2004: 226), већ и веома неизвесно (Јелчић, 1988: 157), јер ће на опредељење суда утицати веома различите околности, а нарочито значај и сложеност главног уговора, вредност предмета уговора, променљивост цене предмета уговора, његова лака по кварљивост (Драшкић, 1995: 109); (Тамаш, 2004: 226--227), али и разлози због којих је одложено закључење главног уговора (Тамаш, 2004: 227). Због тога се чини да је решење из Скице проф. Константиновића (чл. 29, ст. 3 предвиђа да наведени рок тече од закључења предуговора) много једноставније и сигурније. Такву оцену потврђују и редактори ГЗ Руске Федерације, јер су решење из Скице проф. Константиновића унели у своју кодификацију (чл. 429, ст. 4).

26 Чл. 29, ст. 1 Скице проф. Константиновића: „Уговором се стране уговорнице, или једна од њих, могу обавезати да доцније закључе други, главни уговор (предуговор).“

предуговора од којег се, као његов посебан облик, разликује ужи појам предуговора који садржи све битне састојке главног уговора.²⁷

У расправама које су претходиле доношењу ЗОО, као и у свим каснијим расправама, појам предуговора из Скице проф. Константиновића није наишао на разумевање и подршку правне теорије, што је оцена која се, пре свега, односи на шири појам предуговора. Он се оспорава тврдњом да је предуговор, сагласно решењу из аустријског ОГЗ, као и претежном ставу немачке правне теорије и судске праксе,²⁸ „само оно што садржи битне услове за закључење главног уговора“, односно да је „предуговор без битних услова преговор а не предуговор“ (Ведриш, 1970: 18).²⁹ У том смислу изражава се и сумња у оправданост схватања о могућности постојања „две врсте једне исте правне појаве“ (Орлић, 1993: 417), због чега се и залаже за њихово „појмовно и терминолошко раздвајање“ (Орлић, 1993: 417). Наиме, сматра се да је одредбама о предуговору у ширем смислу проф. Константиновић предложио правила о делимичном споразуму, а да предуговор може постојати само у свом ужем облику (Орлић, 1993: 417). Сагласност воља о закључењу будућег уговора, којом нису обухваћени сви његови битни елементи, сматра се, дакле, „делимичним споразумом“ (Орлић, 1993: 417). Он обавезује његове учеснике само на наставак преговора у циљу закључења одређеног уговора и разликује се у свим битним обележјима од предуговора.³⁰

Исто тако, полазећи од става да предуговор, као и сваки други уговор, мора да има свој предмет, који је одређен или бар одредив,³¹ и проф. Радишић оспорава шири појам предуговора. Наиме, пошто је предмет предуговора

27 Чл. 29, ст. 5 Скице проф. Константиновића: „Али ако су у предуговору одређени битни услови за закључење главног уговора, суд ће на захтев заинтересоване стране осудити другу страну која одбија да приступи закључењу главног уговора да то уради у року који ће јој одредити, после чијег истека ће се пресуда сматрати као закључење главног уговора.“

28 Larenc наводи (1976: 78) да немачка судска пракса, у случају кад су поједине тачке уговора остале још увек отворене, захтева да садржај главног уговора може бити одређен путем тумачења предуговора на један судски проверљив начин, с тим што је немачки РГ закључио да то није било могуће у случају кад је у предуговору уговора о куповини земљишне парцеле цена остала неодређена (РГЗ 124, 81).

29 Larenc сматра (1976: 78) да је такав предуговор, пошто се не може остварити, неважећи.

30 „Само прва врста заслужује да се о њој и даље говори као о предуговору. Друга врста се од ње разликује у свим битним обележјима као што су: обим сагласности у погледу садржине, правна дејства и санкције“ (Орлић, 1993: 417).

31 Чл. 46, ст. 2 ЗОО; чл. 389 пољског ГЗ прописује да се код предуговора „једна или обе уговорне стране обавезују да закључе одређени уговор“.

закључење другог, главног уговора, тај други уговор се може сматрати одређеним или одредивим само ако је одређен или одредив његов предмет (Радишић, 2008: 129). У том смислу прецизира се да уговорници треба у предуговору „да утврде битне састојке коначног уговора на чије се закључење обавезују“ (Радишић, 2008: 129).³² Такав став је подржао и проф. Орлић наводећи да се, „због циљне повезаности предуговора и главног уговора, захтев у погледу одређености предмета преноси са коначног уговора и на претходни“ (Орлић, 1986: 153).

Нама се, ипак, чини да је тешко претпоставити да је проф. Константиновић помешао појмове, односно да је истим изразом означио два различита појма. Пре се може претпоставити да се он определио за једно компромисно решење, тј. за шири појам предуговора, као његов основни облик, и за ужи појам предуговора као израз компромиса са традиционалним решењима из аустријског ОГЗ. При томе, с обзиром да би ужи појам предуговора поред ширег био излишан, јер би га шири појам предуговора у потпуности обухватао, проф. Константиновић је том ужем појму предуговора приписао и посебно дејство. Оно се огледа у овлашћењу суда да неверну страну осуди да закључи главни уговору одређеном року, после чијег истека ће се пресуда сматрати као његово закључење.³³ С обзиром да се наведено дејство односи само на предуговор који садржи све битне елементе главног уговора, оно потврђује да постоји и предуговор који не садржи све те елементе.

4. Појам предуговора у југословенском 300 и Преднацрту ГЗ Републике Србије

Југословенски 300 није у потпуности следио решења из Скице проф. Константиновића, тако да његове одредбе о појму предуговора изазивају озбиљне недоумице. Наиме, у њему се, најпре, по угледу на решење из Скице проф. Константиновића, предуговор дефинише као „уговор којим се преузима обавеза да се доцније закључи други, главни уговор“,³⁴ што је шири појам предуговора. Међутим, прописујући посебном одредбом да „предуговор обавезује ако садржи битне састојке главног уговора,³⁵ ју-

32 „Да би предуговор био ваљано закључен, мора бити у њему тачно одређена садржина дугованих чинидби које се стране једна другој обавезују да испуне“ (Plavšak, Juhart, Vrenčur, 2009: 293).

33 Чл. 29, ст. 5 Скице проф. Константиновића.

34 Чл. 45, ст. 1 300.

35 Чл. 45, ст. 3 300.

гословенски ЗОО фаворизује решење из аустријског ОГЗ,³⁶ које претходни шири појам предуговора потпуно искључује. Такво уређење учинило је сувишним и посебан ужи појам предуговора из ст. 5 чл. 29 Скице проф. Константиновића, тако да он није ни унет у југословенски ЗОО.³⁷

Чини се да ни редактори Преднацрта у вези са појмом предуговора нису имали неке новије идеје, већ су, начелно, остали привржени ужем појму предуговора, односно ставу да предуговор обавезује ако садржи битне елементе главног уговора.³⁸ Ипак, они су, у виду алтернативе, предложили и поједина решења из Скице проф. Константиновића, која нису била прихваћена у ЗОО. Њима се појам предуговора веома замагљује, јер две од три предложене алтернативе претпостављају и постојање предуговора у ширем смислу,³⁹ какав познаје Скица проф. Константиновића, али који није могућ, односно не обавезује ни по ЗОО, ни по Преднацрту ГЗ Републике Србије.

5. Опредељење за ужи или шири појам предуговора

Наша правна теорија је код опредељења за ужи или шири појам предуговора била и остала под јаким утицајем решења из аустријског ОГЗ, тако да се није могло афирмисати ни компромисно решење из Скице проф. Константиновића. Такво њено опредељење се у време доношења ЗОО може разумети као некакво фаворизовање решења из аустријског ОГЗ. Али, оно се не може успешно бранити у Преднацрту, јер његови редактори нису имали слуха и за афирмацију предуговора у ширем смислу.

Опште је познато да сам израз „предуговор“, али и остали изрази којима се он означава (припремни, препаративни, претходни, прелиминарни), упућује на закључак да се њиме само припрема и олакшава закључење

36 Проф. Орлић такође закључује да редактори ЗОО нису прихватили особено решење проф. Константиновића „и вратили су се класичним узорима аустријског права“ (Орлић, 1986: 154).

37 Интересантно је да су одредбе о појму предуговора из југословенског ЗОО (чл. 45) следиле и редактори ГЗ Руске Федерације (чл. 429), јер се прве три одредбе које се односе на претходни уговор садржински подударују.

38 Чл. 40, ст. 3 Преднацрта ГЗ Републике Србије.

39 Алтернативна одредба из ст. 5 чл. 40 Нацрта ГЗ Републике Србије („Неизвршење обавезе да се закључи главни уговор даје право саговорнику да захтева накнаду штете коју због тог неизвршења трпи.“) односи се у Скици проф. Константиновића на дејство предуговора у ширем смислу. Исто тако, и алтернативна одредба из ст. 6 чл. 40 Нацрта ГЗ Републике Србије („Али, ако су у предуговору одређени битни услови за закључење главног уговора, ...“) претпоставља постојање и предуговора у ширем смислу.

главног (коначног) уговора (Перовић, 1980: 235); (Орлић, 1993: 395); (Драшкић, 1995: 107); (Косовац, 2000: 61); (Убавић, 2000: 14). Такав уговор би, по логици ствари, најчешће представљао непотпуну или делимичну сагласност, која још увек не значи закључење коначног уговора, него само припрему за његово закључење (Орлић, 1993: 396–397); (Драшкић, 1995: 107).⁴⁰ С обзиром на то, ако би предуговор морао да садржи све битне састојке главног уговора, онда би се готово у потпуности негирала његова припремна улога.⁴¹ У одсуству те његове особене припремне улоге, поједини аутори не виде неку другу улогу предуговора, због чега закључују да је такав предуговор непотребан, јер би се њиме само удвостручивало закључење једног истог уговора (Гамс, Ђуровић, 1981: 225); (Радишић, 2008: 131); (Георгијевић, 2004: 591, 593). И, заиста, ако су уговорници после постигнуте сагласности воља о свим битним елементима уговора, уместо главног, закључили предуговор, онда то значи да се они, бар на први поглед, непотребно излажу не само новим напорима и трошковима око закључења главног уговора, већ и неизвесности да ли ће такав уговор касније бити закључен. У том смислу и проф. Орлић оправдано запажа да, у случају кад је сагласност остварена о битним тачкама уговора, не постоји много разлога да се закључује предуговор, јер је „повољније за уговорне стране да одмах закључе коначни уговор, а не предуговор“ (Орлић, 1986: 157). Па ипак, данас се, углавном, скоро уопште не доводи у питање предуговор у ужем смислу. Он се закључује када стране, из веома различитих разлога, који могу бити практичне или психолошке природе (Радишић, 2008: 131), неће или тренутно не могу да закључе главни уговор (Јакшић, 1962: 120); (Перовић, 1980: 235); (Лоза, 2000: 117); (Косовац, 2000: 61); (Убавић, 2000: 14); (Тамаш, 2004: 219). То може бити потреба да се одложи закључење главног уговора због тога што једна или обе стране треба да изврше неке припреме за закључење или извршење главног уговора, али и жеља уговорника да још мало размисле о закључењу главног уговора (Георгијевић, 2004: 593), да провере неке чињенице, да сачекају развој околности (Драшкић, 1995: 107), да изврше додатне консултације или да прибаве сагласност трећег лица (Plavšak, Juhart, Vrenčur, 2009: 293). Али, чак и у случају кад је предуговор у ужем смислу непотребан, јер остварује само незнатну припремну улогу, он због тога није недопуштен, јер слобода уговарања дозвољава да се закључују и непотребни уговори (Радишић, 2008: 131).

40 У том смислу, наводи се да постоји сагласност око тога да је функција предуговора у припремању главног уговора, као и да је предуговор био и остао припремни уговор за главни уговор (Салма, 1986: 22, 27).

41 Припремна функција предуговора се „у значајној мери губи, када се странке обавезују на одређивање свих битних елеменета“ (Салма, 1986: 27).

У случају кад предуговор садржи све битне састојке главног уговора, може бити спорно да ли је закључен само предуговор или се већ ради о коначном уговору (Lagenc, 1976: 77); (Орлић, 1986: 151); (Георгијевић, 2004: 593). Одговор на то питање може се добити само *in concreto*, узимајући у обзир праву намеру странака и околности конкретног случаја (Георгијевић, 2004: 593), с тим што, у случају кад постоји сагласност о битним елементима уговора, треба полазити од законске претпоставке да је главни уговор закључен.⁴² Кад постоји сумња да ли је у питању једно или друго, треба поћи од претпоставке да су стране уговорнице закључиле коначни уговор, а не предуговор (Орлић, 1986: 131).⁴³ Ова претпоставка се може оборити само недвосмислено израженом намером уговорних страна да закључују предуговор (Георгијевић, 2004: 592). Ипак, у случају погрешног означавања садржине онога што је била заједничка намера уговорника, суд не сме да се поводи за њиховим тумачењем, већ сам треба да утврди праву суштину уговора који је између њих закључен (Орлић, 1986: 151); (Георгијевић, 2004: 592).

Аутори који сматрају да је могућ само предуговор у ужем смислу полазе од става да предуговор мора да има одређен или одредив предмет (Радишић, 2008: 129). Пошто је његов предмет закључење главног уговора, тај главни уговор мора да буде одређен или макар одредив (Радишић, 2008: 129); (Орлић, 1986: 153), што се постиже одређивањем или одредивошћу његовог предмета (Радишић, 2008: 129). С обзиром на то да се предмет предуговора одређује посредно, тј. одређивањем предмета главног уговора (Радишић, 2008: 129); (Орлић, 1986: 153); (Plavšak, Juhart, Vrenčur, 2009: 293), закључује се да предуговор треба да садржи све битне елементе главног уговора (Радишић, 2008: 129); (Plavšak, Juhart, Vrenčur, 2009: 293). Таквим одређивањем предмета предуговора, минимизира се његова припремна улога, али се повећава извесност или чини скоро потпуно извесним закључење главног уговора.

С друге стране, питање је да ли се предмет предуговора и главног уговора, због њихове циљне повезаности, морају у потпуности подударати. Нама се чини да та подударност не мора да буде потпуна, тако да се одредивост главног уговора, као предмета предуговора, може и треба да схвати у једном ширем смислу. Она се остварује и одређивањем врсте главног уговора, као и појединих (не свих) његових битних елемената који су особени за тај уговор (шири појам предуговора). Тако, на пример, предуговор о закључу-

42 Чл. 26 300: „Уговор је закључен кад су се уговорне стране сагласиле о битним састојцима уговора.“

43 У том смислу наводи се да је „коначан уговор правило а предуговор изузетак“ (Радишић, 2008: 131).

чењу уговора о продаји одређеног или одредивог стана, по цени која би се у наставку преговора споразумно одредила, имао би за предмет закључење одредивог уговора о продаји. Јер, суштину уговора о продаји чини предмет продавачеве обавезе, чијим одређивањем се тај уговор индивидуализује, док се за цену може узети да је, у једном ширем смислу, одредива већ самим одређивањем предмета продавачеве обавезе. Исто важи и за предуговор уговора о грађењу одређене грађевине, као и за предуговор уговора о закупу одређеног стана. Таквим ширим појмом предуговора преузима се обавеза да се закључи главни уговор, пошто се претходно постигне сагласност и о преосталим његовим битним елементима.

Све то упућује на закључак да је могућ и предуговор у ширем смислу. Он би, као некакав минимум, претпостављао одређивање врсте главног уговора, као и индивидуализовање тог уговора одређивањем бар неких од његових битних састојака који су, иначе, за тај уговор особени. Управо у том смислу се и у једном делу правне теорије наводи да предуговор, између осталог, „садржи све или само поједине битне елементе намераваног уговора“ (Георгијевић, 2004: 590). Тако схваћеним предуговором не угрожавају се интереси уговорних страна, нити се доводи у питање правна сигурност, јер се главни уговор, одређивањем његовог типа и неких од особених битних елемената, чини одредивим.

За закључење предуговора у ширем смислу стране су заинтересоване, пре свега, у случају кад су преговори за закључење главног уговора већ далеко одмакли, тако да постоји интерес преговарача да се, и пре закључења главног уговора, сагласност о појединим његовим елементима учврсти, као и да се они обавезу на наставак преговора и закључење главног уговора (Орлић, 1993: 397). Таквим предуговором повећава се извесност да ће главни уговор бити закључен (Георгијевић, 2004: 586), а истовремено он добија и једну веома запажену привредну функцију, јер у неизвесним тржишним условима ствара подлогу за чврсте пословне односе између привредника који су, према предмету делатности, условима пословања и из других разлога, упућени на узајамну сарадњу (Салма, 1986: 28). У савременим привредним односима овакав предуговор има значајну улогу и у планирању привредних активности (Салма, 1986: 26). У свим тим случајевима предуговор у ширем смислу није само корак од преговора, већ корак до закључења главног уговора. Такав предуговор се квалитативно разликује од преговора, јер обавезује на наставак преговора и закључење главног уговора, док преговори не обавезују на закључење главног уговора и могу се прекинути (Перовић, 1980: 234–235); (Убавић, 2000: 14); (Тамаш,

2004: 226). У односу на предуговор у ужем смислу,⁴⁴ оваквим предуговором се и у далеко већој мери остварује његова припремна улога. Због свега тога је и у правној теорији недвосмислено исказан став да је оправдан и предуговор у ширем смислу, тј. предуговор који садржи само поједине битне елементе коначног уговора (Георгијевић, 2004: 596).

Поједини аутори сматрају да је могућ и предуговор у једном најширем смислу речи, којим се само именују будуће уговорне стране и упућује на врсту будућег главног уговора (Салма, 1986: 28), односно предуговор који не садржи битне елементе главног уговора (Јелчић, 1988: 159), с тим што се позивају на решење из швајцарског права (Салма, 1986: 25). Чини се, ипак, да такав предуговор не би имао никакав смисао, јер се именовањем уговорника и одређивањем само врсте главног уговора тај уговор, као предмет предуговора, не може сматрати ни одређеним, ни одредивим,⁴⁵ а предуговор са предметом који није ни одредив је ништав.⁴⁶ И швајцарски ЗО прописује да се предмет уговора слободно утврђује у границама закона,⁴⁷ али не прописује санкцију ништавости за уговор чији предмет уопште није утврђен, јер се претпоставља да у том случају право повериоца није ни замишљено као једно озбиљно право, због чега се вољи самог дужника препушта да неутврђену обавезу испуни или да је не испуни (Марковић, 1997: 57). С обзиром на то, сасвим основано се може претпоставити да су и швајцарски законодавац, и проф. Константиновић, предвиђајући предуговор у ширем смислу, тј. предуговор који не садржи све битне елементе главног уговора,⁴⁸ сигурно имали у виду главни уговор који је макар одредив.

6. Закључак

Иако је предуговор, као правни институт, у упоредном праву скоро опште прихваћен, многе дилеме у вези са тим институтом још увек нису ишчезле. Напротив, остало је спорно и тако значајно питање као што је појам предуговора. Овај закључак потврђује и публиковани Преднацрт ГЗ Републике Србије, у којем се одсуство јасног и чврстог става у вези са појмом предуговора исказује алтернативним решењима, при чему је, по свему судећи, ужи појам предуговора из аустријског права, опет добио превагу.

44 Припремна (препараторна) улога предуговора у ужем смислу је скоро занемарљива, јер је код таквог предуговора скоро све унапред одређено.

45 Чл. 46, ст. 2 ЗО.

46 Чл. 47 ЗО.

47 Чл. 19, ст. 1 швајцарског ЗО.

48 У правној теорији се сматра да „како одредбе из Скице проф. Константиновића, тако и одредбе швајцарског ЗО потврђују постојање и ове врсте предуговора“ (Георгијевић, 2004: 597).

Очигледно је да редактори Преднацрта нису имали слуха за афирмацију предуговора у ширем смислу, којим би се, у сложеним и променљивим друштвеним односима, потпуније остваривала његова припремна улога. Због тога се залажемо за шири појам предуговора који би, као некакав минимум, претпостављао одређивање врсте главног уговора, као и индивидуализовање тог уговора одређивањем појединих (не свих) његових битних састојака који су, иначе, за тај уговор особени. Таквим предуговором обавезивали би се уговорници да наставе преговоре ради постизања сагласности о преосталим елементима главног уговора, као и да закључе главни уговор. Он би се квалитативно разликовао од преговора, јер би обавезивао на наставак преговора и закључење главног уговора, док преговори не обавезују на закључење главног уговора и могу се прекинути.

Тако схваћеним предуговором не угрожавају се интереси уговорних страна, нити се доводи у питање правна сигурност, јер се главни уговор, одређивањем његовог типа и неких од особених битних елемената, чини одређивим.

Једину препреку на путу за афирмацију предуговора у изложеном ширем смислу, за шта се, иначе, и залажемо, представља законска одредба која прописује да предуговор обавезује ако садржи битне састојке главног уговора.

Литература

- Larenc, K. (1976). *Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band: Allgemeiner Teil, 11. Auflage*. Munchen
- Plavšak, N. Juhart, M. Vrenčur, R. (2009). *Obligacijskopраво, splpšnidel*. Ljubljana: GV Založba
- Садиков, О. Н. (2001). Глава 31, у: О.Н. Садиков (Одговоренни редактор) Гражданское право России, Общая часть: Курс лекций. Москва: Юристъ
- VonThur, A. (1924). *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationen rechts, I Hallbband*. Tubingen
- Аранђеловић, Д. (1936). *Основи облигационог права с нарочитим обзиром на Грађански законик Краљевине Србије*. Београд: ИК Геце Кона
- Благојевић, Б. (1939). *Посебни део облигационог права, Уговори, једнострани правни послови, грађанскоправни деликти*. Београд: ИКП Геца Кон А.Д
- Ведриш, М. (1970), *Записник са 2. седнице Поткомисије за облигационе односе одржане 31. марта и 1. априла 1970. године*
- Визнер, Б. (1978). *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, Књига 1. Загреб

- Вуковић, М. (1964). *Обвезно право*, Књига II. Загреб: Школска књига
- Гамс, А. (1972). *Увод у грађанско право, Општи део*, Београд: Научна књига
- Георгијевић, Г. (2004). Предуговор – Основна обележја, оправданост и значај. *Правни живот*. 10. 585–605
- Драшкић, М. (1995). Коментар чл. 45. ЗОО. у: Слободан Перовић (гл. уред.). *Коментар Закона о облигационим односима*, I књига. Београд: Савремена администрација
- Ђорђевић, Ж. Станковић, В. (1980). *Облигационо право, Општи део*. Београд: Савремена администрација
- Јакшић, С. (1962). *Облигационо право, Општи део*. Сарајево: ИП „Веселин Маслеша“
- Јелчић, О. (1988). Однос између предуговора и уговора о опцији, *Закон о облигационим односима, 1978–1988, Књига о десетогодишњици*. Том I. Београд: Савез удружења правника Србије
- Косовац, М. (2000). Предуговори за склапање уговора у привреди. *Правни информатор*. 4. 61–64
- Лоза, Б. (2000). *Облигационо право, Општи део*. Београд: Службени гласник
- Марковић, Л. (1997). *Облигационо право*. Београд: НИУ Службени лист СРЈ
- Орлић, М. (1986). Предуговор у југословенском праву (У трагању за изгубљеном приликом). Посебан отисак из *“Годишњака” Правног факултета у Сарајеву*. XXXIV. 143–164
- Орлић, М. (1993). *Закључење уговора*. Београд: Институт за упоредно право
- Перовић, С. (1980). *Облигационо право*, Књига прва. Београд: Привредна штампа
- Радишић, Ј. (2008). *Облигационо право, Општи део*. Београд: Номос
- Салма, Ј. (1986). Предуговор (Тезе за расправу). *Гласник Адвокатске коморе Војводине*. 6 (LVIII (XXXV)). 22–29
- Салма, Ј. (2001). *Облигационо право*. Нови Сад: „Право“ ДОО
- Субић, М. (1993). Предуговор у судској пракси. *Правни живот*. 9–10. 909–916
- Тамаш, В. (2004-1). Извршење предуговора о промету непокретности. *Гласник Адвокатске коморе Војводине*. 6 (вол. 76). 226–235
- Тамаш, В. (2004-2). Предуговор о промету непокретности и право на накнаду штете због његове повреде, у: Здравко Петровић (ур.). *Актуелни проблеми накнаде штете и осигурања*. Будва/Београд: Интермекс. 219–227
- Убавић, М. (2000). Предуговор. *Избор судске праксе*. 4. 14–17

Ђорђе Л. Николић, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

Михајло Цветковић, LL.D.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

THE CONCEPT OF PRELIMINARY AGREEMENT IN THE PRELIMINARY DRAFT OF THE SERBIAN CIVIL CODE

Summary

In this paper, the authors discuss the concept of a preliminary agreement which is commonly defined as a contract that implies the parties' obligation to conclude another (final) contract. Generally speaking, the concept is fully indisputable but the definition of the concept is too broad as it includes a minimum of elements (of highly restrictive meaning), which designate the contracting parties and generally refer to the type of the future final contract. On the other hand, in the vast majority of civil codes as well as in legal theory, the concept of a preliminary agreement is defined in much narrower terms. Thus, there is emphasis on the the requirement that the preliminary agreement has to include the essential components of the final contract (essentialia negotii) as well as a stipulated time limit for concluding the final contract.

After providing a comprehensive analysis of the broadest and the narrowest concept of a preliminary agreement, the authors propose a middle solution. Namely, considering the fact that the subject matter of the preliminary agreement is the final contract (which has to be specific or at least affixed to a specific subject matter), the authors think that the main contract may be deemed to be specific by including a designation on the type of the final contract and stipulating some of its essential elements which make that specific type of contract distinctive. Such a preliminary agreement is legally binding, and the party who refuses to sign the final contract may be subject to real contractual liability. It does not jeopardize the interests of the contracting parties, nor is it prejudicial to the legal certainty because the specifications included in the preliminary agreement actually constitute the distinctive features of the prospective final contract.

Key words: *preliminary agreement, final contract, Draft of the Serbian Civil Code.*

